



# dirittoe economia dell'impresa

*Diretta da* LUCIANO M. QUATTROCCHIO

6 - 2016

## INTERVENTI di

*G. Dominici, L.M. Quattrocchio, S. Foà, L. Sabbi, O Cagnasso  
G. Lagerad, V. Longi, L. Tarditi, A. Pastore, G. Giachino*

## APPROFONDIMENTI di

*M. Scarabello, L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna*

## SAGGI di

*G.G. Sandrelli, L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, V. Bellando, G. Varrasi*



**G. Giappichelli Editore – Torino**

Rivista telematica bimestrale 6 - 2016 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223

ISSN 2499-3158

# Le azioni di responsabilità nelle società di capitali: aspetti sostanziali e processuali

Giovanna Carla Dominici-Luciano Matteo Quattrocchio

## SOMMARIO:

1. L'azione di responsabilità. Profili di carattere generale. – 1.1. La responsabilità derivante da fatti autonomamente considerati. – 1.2. La violazione del divieto di compiere operazioni non conservative. – 1.3. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento. – 2. L'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali. – 2.1. L'azione di responsabilità nelle s.p.a. – 2.2. L'azione di responsabilità nelle s.r.l. – 3. Rassegna di giurisprudenza.

## 1. L'azione di responsabilità. Profili di carattere generale

### 1.1. La responsabilità derivante da fatti autonomamente considerati

La responsabilità degli amministratori di società per azioni ai sensi dell'art. 2392 c.c., ossia nei confronti della società, ha subito con la riforma societaria un sensibile *maquillage* normativo. In particolare, dal confronto fra le diverse versioni *ante* e *post* riforma emergono tre importanti novità:

- una diversa specificazione del grado di diligenza esigibile dagli amministratori, con l'abbandono del riferimento alla diligenza del mandatario e l'assunzione di quella «*richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*»;
- la delimitazione della c.d. responsabilità *in vigilando*, con la sostituzione dell'obbligo di vigilare sull'andamento della gestione con quello di informazione di cui all'art. 2381, comma 3, c.c.;
- la ridefinizione della responsabilità per gli atti compiuti in esecuzione di funzioni proprie degli amministratori delegati.

Particolare attenzione merita la prima di queste innovazioni, dove appare evidente come il legislatore abbia fatto riferimento – nell'individuare il parametro di responsabilità – non più all'art. 1176, comma 1, c.c., bensì al comma 2 di tale norma. Ne deriva che, alla stregua di tale scelta, la diligenza deve essere valutata con riguardo alla natura dell'attività esercitata e – quindi – si de-

ve tenere conto nel “misurare” la diligenza dell’operato degli amministratori:

- della eventuale complessità dell’incarico;
- delle particolari conoscenze richieste;
- dei mezzi e delle risorse disponibili per lo svolgimento dell’incarico medesimo.

In questo quadro si tende ad escludere che la mancanza di perizia sia sinonimo di mancanza di diligenza, dovendosi piuttosto ritenere che ai sensi dell’art. 2381, ultimo comma, c.c., vi sia a carico degli amministratori un obbligo di agire in modo informato, dovere che presuppone che l’amministratore, consapevole della propria mancanza di perizia, adotti rimedi opportuni a sanare le sue carenze cognitive. In altri termini l’amministratore “imperito” per essere diligente deve essere in grado di ovviare in qualche modo alla propria imperizia, pena la mancanza di diligenza.

Sempre in ordine al criterio della diligenza, è discusso se trovi applicazione nel caso di specie l’art. 2236 c.c., che, per le prestazioni intellettuali, esclude la responsabilità per danni in presenza di problemi tecnici di “speciale difficoltà” salvo il caso di dolo o colpa grave.

L’art. 2392 c.c. fissa il perimetro di responsabilità degli amministratori nella violazione dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto; dove per legge si deve intendere qualsiasi fonte giuridica di qualsivoglia rango, ivi compresi i regolamenti e le normazioni secondarie, mentre – al contrario – sono notoriamente escluse da responsabilità le censure sul merito delle scelte gestorie.

Gli obblighi di legge o di statuto a cui devono adempiere gli amministratori si distinguono in obblighi a contenuto generico e a contenuto specifico (o vincolato).

La tipologia degli obblighi a contenuto generico va ricollegata a norme di contenuto generale quali, a titolo esemplificativo:

- l’obbligo di agire informati e di valutare l’andamento degli affari (art. 2381 c.c.);
- l’obbligo di attuare l’oggetto sociale (art. 2380-*bis* c.c.);
- l’obbligo di valutare l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società (art. 2381, comma 3, c.c.), tema quest’ultimo collegato al d.lgs. n. 231/2001.

Quanto alla responsabilità per violazione di obblighi specifici, la casistica è estremamente estesa, risultando impossibile procedere a una completa elencazione. Si possono, peraltro, individuare – in linea generale – gruppi di obblighi che presentano una loro omogeneità:

- le norme che attengono al funzionamento degli organi sociali, quali, ad esempio, la violazione degli obblighi relativi alla convocazione delle assemblee;
- le norme che attengono all'attuazione delle delibere del consiglio o dell'assemblea, quali quelle in tema di opzione o di fusione;
- le norme che riguardano l'obbligo di fedeltà, quali il divieto di agire in conflitto di interessi (art. 2391 c.c.) o di esercitare un'attività in concorrenza in assenza di specifica autorizzazione dell'assemblea (art. 2390 c.c.);
- le norme che attengono alla tutela dell'integrità del capitale sociale, quali la non corretta verifica della congruità della stima dei conferimenti in natura, o la non corretta o tempestiva redazione del bilancio;
- le norme che impongono obblighi di natura fiscale, amministrativa, previdenziale.

Da segnalare, infine, come tra le ipotesi di responsabilità codificate dalla riforma emerga quella prevista dall'art. 2497, comma 2, c.c., secondo cui gli amministratori delle società che esercitano attività di direzione e coordinamento di altre società rispondono, in solido con le stesse, in caso di violazione dei principi di corretta gestione societaria rispetto alle società controllate, che siano forieri di responsabilità ai sensi del comma 1 della norma in questione.

A livello operativo non vi è dubbio che le disposizioni che maggiormente ricorrono nella prassi con riguardo alla responsabilità degli amministratori attengano agli artt. 2485 s. c.c. Queste stabiliscono che, verificatasi una causa di scioglimento, gli amministratori, senza indugio, devono iscriverla nel registro delle imprese, con il conseguente obbligo di limitare la gestione alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Tale fattispecie è, di regola, strettamente connessa alle norme che presiedono alla redazione del bilancio, sostanziandosi – spesso – in appostazioni non veritiere allo scopo di occultare la perdita del capitale e quindi lo stato di scioglimento.

Più in particolare merita sottolineare come – in seguito alla riforma del 2003 – la violazione imputata agli amministratori non è più il compimento di nuove operazioni, ma il ritardo o l'omissione di accertare senza indugio il verificarsi della causa di scioglimento e della sua conseguente iscrizione al registro imprese. Dove, peraltro, sul piano delle conseguenze la situazione non è molto diversa dal passato, dovendo rispondere gli amministratori per non aver limitato la loro gestione alla conservazione del patrimonio, con conseguente risarcimento dei danni per le operazioni non finalizzate alla liquidazione della società.

Va peraltro aggiunto, prima di esaminare più compiutamente la questione relativa alla qualificazione del danno, che una tale fattispecie richiama a sua

volta la responsabilità *ex art. 2394 c.c.* nei confronti dei creditori sociali; azione proponibile dagli organi della procedura, ricorrendone i presupposti, unitamente a quella di cui all'*art. 2392 c.c.*, pur mantenendo le due azioni una loro autonomia che trova la sua espressione, fra l'altro, nella loro diversa natura (contrattuale l'una ed *extra-contrattuale* quella dell'*art. 2394 c.c.*, quale *sub species* di quella generale dell'*art. 2043 c.c.*) e quindi nei diversi termini prescrizione (ovverossia entro cinque anni dalla cessazione della carica, o più esattamente dal momento in cui si verifica il danno e il diritto può essere esercitato, per l'azione *ex art. 2392 c.c.*, e cinque anni dal momento in cui si verifica l'insufficienza del patrimonio per l'azione *ex art. 2394 c.c.*).

### 1.2. La violazione del divieto di compiere operazioni non conservative

Premesso che qualsivoglia azione di responsabilità presuppone la sussistenza di un danno eziologicamente riferibile al comportamento degli amministratori, dove nesso causale e onere probatorio si atteggiavano diversamente a seconda del tipo di azione: nell'azione *ex art. 2392 c.c.* basta dimostrare l'esistenza del danno, incombendo sugli amministratori la prova dell'insussistenza del nesso di causalità; nel caso dell'*art. 2394 c.c.* l'onere della prova è tutto a carico dei creditori sociali, ovvero – in caso di fallimento – della procedura.

In tale contesto, è necessario ora precisare quale sia il danno risarcibile conseguente al comportamento negligente degli amministratori. In particolare, posto che in linea generale vale la regola che il criterio deve essere quello di commisurare il danno al pregiudizio arrecato da ogni singola operazione lesiva del patrimonio sociale, resta da chiarire – alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali – quale sia la regola applicabile con specifico riguardo all'ipotesi di continuazione dell'attività in presenza della perdita del capitale.

Come è noto al riguardo, nella prassi fallimentare – in passato – prevaleva un metodo impostato sulla base di calcoli differenziali, il c.d. *deficit* fallimentare, rappresentato dal passivo meno l'attivo. Un tale metodo alla luce degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità è ora tendenzialmente ripudiato, essendo in linea di principio in aperto contrasto con i principi dell'*art. 1223 c.c.*, il quale prevede che il danno – nelle sue componenti del danno emergente e del lucro cessante – sia diretta e immediata conseguenza dell'inadempimento.

Di qui l'orientamento che pretende che venga data rigorosa dimostrazione che il danno procurato sia conseguenza diretta e immediata del comportamento addebitato; orientamento che ha conosciuto, nel tempo, diverse linee interpretative – per così dire di mediazione – proprio con riguardo al caso della perdita del capitale.

E così parte della giurisprudenza ha affermato che deve aversi riguardo al risultato delle singole operazioni compiute, anche quando si sia verificata la perdita del capitale sociale o la sua diminuzione sotto il limite legale. Ove tale risultato sia negativo, il danno procurato dovrebbe essere computato tenendo conto della somma algebrica di tali risultati alla fine di ciascun esercizio sociale. Criterio analogo è stato seguito da chi ha messo a raffronto i netti patrimoniali riscontrati al momento della perdita del capitale sociale e all'apertura del fallimento e da chi ha indicato come danno risarcibile la differenza tra il passivo fallimentare ed il passivo esistente al momento in cui l'attività avrebbe dovuto cessare. Seguendo questa linea interpretativa, non manca chi ha inteso fare ricorso anche al criterio equitativo per superare le difficoltà dei casi in concreto esaminati.

E proprio con riguardo a tali criteri equitativi il Tribunale di Milano ha avuto modo di specificare che «in caso di dichiarazione di fallimento, ai fini della quantificazione del danno cagionato dagli amministratori per avere intrapreso nuove operazioni dopo il verificarsi di un fatto che ha determinato lo scioglimento della società, possono essere presi come parametri di riferimento – nel quadro di una valutazione equitativa – il bilancio anteriore allo svolgimento dell'attività vietata e quello fallimentare, rettificando il primo in modo da far emergere la perdita e attribuendo il saldo a titolo di responsabilità».

Va peraltro osservato come non sono necessari correttivi quando la società non sia solo in stato di scioglimento ma risulti anche insolvente. In questo caso, secondo le interpretazioni più accreditate, vale il criterio dell'aggravamento del dissesto, per cui sono addebitabili tutte le maggiori perdite prodottesi al momento in cui gli amministratori avrebbero dovuto attivarsi per la dichiarazione di fallimento. Il tutto senza contare che – in questi casi – potrebbe essere addebitata, dal ceto creditorio, anche la perdita di *chance*, qualora il ritardo della dichiarazione di fallimento impedisca il fruttuoso esperimento di azioni revocatorie.

Invero, al di là di tali criteri equitativi, il metodo del *deficit* fallimentare può continuare ad essere utilizzato qualora risulti impossibile fornire – da chi agisce in responsabilità – elementi sufficienti ad identificare con esattezza gli effetti della *mala gestio* sul patrimonio della società, come è nel caso in cui siano incomplete o manchino le scritture contabili.

Come ha statuito la Suprema Corte «il criterio ancorato alla differenza tra attivo e passivo può costituire un parametro di riferimento per la liquidazione del danno in via equitativa, qualora sia stata accertata l'impossibilità di ricostruire i dati con la analiticità necessaria per individuare le conseguenze dannose riconducibili al comportamento dei sindaci, ma, in tal caso, il giudice del merito deve indicare le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli

specifici effetti pregiudizievoli riconducibili alla condotta dei sindaci, nonché, nel caso in cui la condotta illegittima non sia temporalmente vicina alla apertura della procedura concorsuale, la plausibilità logica del ricorso a detto criterio, facendo riferimento alle circostanze del caso concreto».

In conclusione gli orientativi interpretativi in tema di danno risarcibile indicano la sussistenza di quattro criteri utilizzabili, a seconda delle circostanze:

- criterio del deficit fallimentare: ai sensi del quale il danno è pari al differenziale tra attivo e passivo fallimentare;
- criterio della perdita incrementale: secondo cui il danno è pari alla differenza dei patrimoni netti rettificati alla data in cui si è verificata la perdita del capitale sociale ed alla data del fallimento;
- criterio della valutazione equitativa: che richiama l'applicabilità dei precedenti due criteri nell'ipotesi in cui manchino o non siano correttamente tenuti i libri e le scritture contabili della società poi fallita;
- criterio dell'aggravamento del dissesto: ai sensi del quale il danno è pari ai costi sopportati per le nuove operazioni non riconducibili alla liquidazione, detratto l'attivo da esse generato.

### 1.3. La responsabilità da attività di direzione e coordinamento

Al di là dei profili di responsabilità contrattuale ed *extra*-contrattuale sopra descritti – che coinvolgono amministratori, sindaci e revisore legale – potrebbe sussistere anche una responsabilità del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c..

Indici presuntivi di un'attività di direzione e coordinamento si rinvencono nell'esistenza di bilanci consolidati ed nella sussistenza del controllo *ex art.* 2359 c.c..

Al proposito, occorre sottolineare che, se è pur vero che l'art. 2359 c.c. allude solo al rapporto tra società e non tra ente o società, è altrettanto vero che l'art. 2497-*septies* c.c. rende applicabile la disciplina della direzione e coordinamento di società anche agli enti che comunque esercitano un potere di direzione.

Potrà, quindi, considerarsi *holding* ai fini della responsabilità da direzione e coordinamento anche un ente non societario.

Come prescritto dalla legge, le decisioni assunte dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento devono essere motivate analiticamente *ex art.* 2497-*ter* c.c..

Come noto, il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento è responsabile in via solidale con gli amministratori verso i soci e i creditori so-



ciali qualora abbia, con la propria attività, arrecato una lesione al patrimonio della società.

Chiarito, dunque, quando – in astratto – può sussistere responsabilità ai sensi dell'art. 2497 c.c. si tratta di esaminare a quali condizioni essa può essere fatta valere.

Innanzitutto occorre, quale condizione imprescindibile, che l'esercizio dell'attività di direzione si traduca in direttive e istruzioni impartite dalla *holding* alla società ad essa sottoposta.

Come ha statuito ripetutamente la Corte di Cassazione «i programmi finanziari e produttivi di gruppo vengono elaborati dalla capogruppo nella veste di titolare della partecipazione di controllo; le decisioni adottate a livello dell'organo gestorio della controllante vengono trasmesse, attraverso le deliberazioni assembleari, o altri mezzi formali, alle singole controllate, le quali sono tenuti a uniformare agli obiettivi le loro realtà operative».

In altre parole occorre sussistano o siano provate direttive della *holding* nei confronti della controllata; alcuni hanno addirittura teorizzato, ma potrebbe essere reputato eccessivo, la necessità di comprovare l'esistenza di un flusso costante di istruzioni impartite alla controllata sui vari aspetti della sua attività.

In questo ambito si è peraltro sostenuto che l'attività di direzione e coordinamento incontri oggi un duplice limite: in primo luogo il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento generalmente non impone un risultato che non sia coerente con l'oggetto sociale e con la «necessaria configurazione della società quale entità economica che potenzialmente deve operare in competizione sul mercato»; in secondo luogo, esso usualmente non si spinge sino al punto da restringere oltre misura l'autonomia degli amministratori così svuotandone i poteri gestionali.

Evidentemente, qualora il soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento non rispetti il primo limite, può incorrere nella responsabilità nei confronti dei creditori sociali prevista dall'art. 2497 c.c.; un rimedio che si somma a quello azionabile a norma degli artt. 2394 c.c. nei confronti degli amministratori della società soggetta.

A ciò va peraltro aggiunto che il testo definitivo approvato con la riforma del 2003 richiede espressamente che l'azione della *holding*, che esercita la direzione unitaria, sia comunque riconducibile al perseguimento di un interesse imprenditoriale proprio o altrui (cfr. sul punto la Relazione governativa). Per effetto di questa modifica, di non chiarissima lettura, sembrerebbe possibile un'interpretazione della norma secondo cui la responsabilità della *holding* andrebbe esclusa qualora, abusando dei propri poteri, abbia agito esclusivamente in vista di un interesse estraneo a quello dell'impresa capogruppo, al pari di



quanto previsto, in tema di responsabilità amministrativa degli enti, dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 231/2001.

Per quanto attiene al profilo della lesione all'integrità del patrimonio sociale si tratta di un'azione diretta nei confronti della *holding* riconosciuta anche ai creditori della controllata, per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società, che costituisce – secondo la regola dell'art. 2740 c.c. – la garanzia del loro diritto di credito.

La formula utilizzata ricorda, come si è detto, quella prevista dall'art. 2394 c.c., in tema di responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali, trattandosi della stessa azione estesa qui a soggetti diversi.

La norma si inserisce tra le ipotesi di responsabilità derivante da lesione del diritto di credito, possibilità ormai ammessa sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza. La fattispecie in esame prevede cioè una responsabilità della *holding* che, in quanto terza, cagionando con le proprie direttive ed istruzioni (in violazione dei ricordati principi di corretta gestione) il depauperamento del patrimonio della società controllata, induce quest'ultima all'inadempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dei propri creditori.

Ferme queste regole generali va però aggiunto, in ragione della teoria dei cosiddetti vantaggi compensativi, che non sussiste responsabilità quando il danno manchi alla luce del risultato complessivo dell'attività.

In questa prospettiva, e seguendo un percorso già segnato per tempo dalla dottrina, il legislatore della riforma ha «ritenuto opportuno precisare – si legge nella Relazione – che il danno a base dell'azione in esame (e quindi la responsabilità) è il danno derivante dal risultato complessivo dell'attività della controllante e non il danno risultante da un atto isolatamente considerato, onde è eliminabile anche a seguito di specifiche operazioni a tal fine dirette».

L'eliminazione del danno, anche a seguito di operazioni a ciò dirette, sembrerebbe configurare – si è osservato – un'ipotesi di intervenuto risarcimento per equivalente, che fa venir meno il pregiudizio e dunque la possibilità di agire in giudizio.

In tema di compensazione si conoscono due orientamenti diversi: quello favorevole ad una compensazione effettiva, per cui l'atto è lecito solo se la società danneggiata ha ricevuto un compenso effettivo; e quella che si accontenta di una compensazione virtuale, ritenendosi sufficiente che la società avvantaggiata dalla politica di gruppo abbia ricevuto un guadagno, che consentirebbe di compensare – a livello di gruppo – il danno di quella svantaggiata.

Dal comma 3 dell'art. 2497 c.c. parrebbe ravvisarvi, ma le opinioni di dottrina e giurisprudenza sul punto sono discordi, un onere di preventiva escusazione del patrimonio della società soggetta, che opererebbe sin nel giudizio di cognizione e che assurgerebbe a vera e propria condizione dell'azione nei con-

fronti della capogruppo (così Trib. Palermo, 3 giugno 2010, *Foro it.*, 2001, I, p. 936, *contra* Trib. Pescara, 2 febbraio 2009, il quale ritiene che tale onere sia operativo solo nella fase esecutiva).

In merito all'onere della prova, sul presupposto che si tratti di responsabilità da fatto illecito, gli attori devono provare – nell'ordine – il fatto colposo della *holding*, il danno che ne è conseguito – consistito, per i creditori, nella lesione del loro diritto all'integrità del patrimonio sociale – e, infine, il nesso di causalità.

Per quanto concerne il fatto colposo della *holding*, gli attori devono dimostrare che l'attività di direzione e di coordinamento è stata esercitata in violazione dei principi di corretta gestione imprenditoriale.

Per quanto attiene al nesso di causalità tra fatto colposo e danno ingiusto, gli attori devono provare che il danno da loro sofferto è stato causato dall'attività di direzione e di coordinamento della *holding*, esercitata in violazione dei ricordati principi e non, ad esempio, da una congiuntura economica sfavorevole.

Chiariti quali sono i contorni generali dell'azione, occorre verificare – alla luce degli elementi di fatto riscontrabili nel caso concreto – se vi siano o meno i presupposti per il suo esercizio.

Si tratta indubbiamente di un quadro che presenta non poche problematiche e che certamente non rende semplice l'esercizio di tale azione, che peraltro, ove percorsa con successo, verrebbe ad assommarsi a quella di cui all'art. 2394 c.c., costituendo un'ulteriore garanzia e vantaggio per i creditori sociali.

## 2. *L'azione di responsabilità nelle procedure concorsuali*

### 2.1. *L'azione di responsabilità nelle s.p.a.*

La riforma della disciplina delle società di capitali e delle procedure concorsuali, entrambi improntate all'idea di lasciare spazio alle dinamiche di mercato, ha interessato anche la regolamentazione della responsabilità degli amministratori delle società di capitali assoggettate a fallimento.

La norma fondamentale nella materia resta l'art. 146 l.f. La comparazione del testo di detta disposizione nella formulazione precedente ed in quella ora vigente permette di constatare che, ad una prima lettura, non emergono elementi di peculiare novità.

La disciplina è rimasta sostanzialmente inalterata nella parte concernente la modalità di proposizione delle azioni di responsabilità: l'art. 146 l.f. attribuisce al curatore senza alcuna distinzione la legittimazione, previa autorizzazio-

ne del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, all'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori, oltre alla legittimazione espressamente indicata alla lett. b) del comma e del citato art. 146, ad esercitare l'azione di responsabilità contro i soci della s.r.l. nei casi previsti dall'art. 2476, comma 7, c.c.

Il rinvio è, dunque, generico e comprensivo di tutte quelle azioni di responsabilità dirette a reintegrare il patrimonio della società e, tra queste sicuramente va compresa l'azione dei creditori sociali, in quanto diretta a reintegrare il creditore sociale di una perdita patrimoniale che non si verifica, per il creditore, in via diretta per effetto della violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, ma in via indiretta, in quanto il patrimonio così impoverito, non è più sufficiente per il soddisfacimento del credito che egli vanta nei confronti della società.

Proprio per tale motivo deve ritenersi prevalente l'interpretazione per cui l'azione dei creditori sarebbe un'azione autonoma e non surrogatoria.

In riferimento alla s.p.a. l'art. 146, comma 2, lett. a), l.f. ribadisce la regola contenuta nell'art. 2394-bis c.c., attribuendo al curatore la legittimazione esclusiva all'esercizio dell'azione di responsabilità, con riferimento sia all'azione sociale, sia all'azione di responsabilità dei creditori sociali.

In ordine all'azione sociale va rilevata una delle più importanti innovazioni della riforma societaria del 2003, che ha attribuito la legittimazione all'esercizio della azione sociale anche ai soci titolari di una determinata percentuale del capitale sociale.

La legittimazione esclusiva del curatore per l'azione sociale (identica in riferimento alle ipotesi contemplate dagli artt. 2393 e 2393-bis c.c.) è conseguenza necessitata della concentrazione in capo agli organi della procedura concorsuale della legittimazione a stare in giudizio per tutti i rapporti presenti nel patrimonio della società, una volta che questa sia stata dichiarata fallita. La scelta della legittimazione in capo al curatore per l'azione di responsabilità dei creditori sociali è giustificabile e coerente con la finalità dell'azione di realizzare un aumento della massa attiva del fallimento, salvaguardando l'esigenza di garantire la *par condicio creditorum*, suscettibile di essere compromessa dall'esperimento di azioni da parte dei singoli creditori che, impoverendo il patrimonio degli amministratori e degli altri soggetti responsabili, finirebbero per pregiudicare l'utile esperimento dell'azione sociale. Pertanto, i creditori sociali, a seguito della dichiarazione di fallimento della società, perdono la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, che riacquistano con la chiusura del fallimento, ferma restando l'eventuale prescrizione maturata medio tempore.

Nessuna novità concerne l'azione individuale di responsabilità spettante al socio o al terzo ai sensi dell'art. 2395 c.c. (di natura extracontrattuale in quanto applicazione dell'art. 2043 c.c.), la quale presuppone l'esistenza di un danno subito dai medesimi direttamente, non come mero riflesso del danno sociale subito dalla società. Questa azione non è in alcun modo dipendente da quella di natura contrattuale, eventualmente fatta valere nei confronti della società, così come il presupposto della seconda non coincide con quella della prima. Tale azione non si trasmette al curatore, poiché mira ad ottenere il risarcimento di un danno subito dal socio o dal terzo e non dalla società e/o dalla massa.

L'azione proposta dal curatore ai sensi dell'art. 146 l.f. racchiude, quindi, con carattere unitario ed inscindibile l'azione sociale responsabilità e l'azione spettante ai creditori sociali, che hanno diversa natura (contrattuale la prima, extracontrattuale la seconda). Ne consegue che il curatore cumula i vantaggi di ciascuna di esse, circostanza che comporta che le due azioni sono come inglobate. La concentrazione delle due azioni non vuol dire che il fallimento determini una nuova azione ovvero una modificazione dei presupposti e delle regole che concernono ciascuna di esse; essa permette al curatore di impostare l'azione in modo da avvalersi della disciplina applicabile all'una o all'altra, con evidenti vantaggi in ordine alla prova della colpa (presunta nell'azione di responsabilità contrattuale) ed alla decorrenza del termine di prescrizione. Sul curatore grava, in ogni caso, l'onere di provare l'inadempimento da parte dell'amministratore di uno o più obblighi impostigli dalla legge o dall'atto costitutivo, il danno patito dalla società ed il nesso causale e cioè che il danno discende in via immediata e diretta dalla condotta dolosa o colposa dell'amministratore. L'amministratore deve, invece, dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi posti a carico a suo carico. Non è sufficiente per il curatore di dedurre il compimento di atti di *mala gestio*; occorre, invece, che indichi i comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto sociale, in modo da porre l'amministratore in grado di approntare una adeguata difesa, nel rispetto del principio del contraddittorio.

Ai sensi dell'art. 2393 c.c., l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dalla carica dell'amministratore, il termine di prescrizione decorre dalla consumazione del fatto dannoso compiuto dall'amministratore. Per azione dei creditori sociali, la prescrizione decorre dalla data in cui i creditori sono in grado di percepire l'evento dannoso, costituito dall'insufficienza del patrimonio per il soddisfacimento dei creditori, di regola coincidenti con la dichiarazione di fallimento, salva la possibilità di collocarla in epoca anteriore gravando sugli

amministratori l'onere di provare l'esistenza di atti o fatti idonei a rendere oggettivamente conoscibile l'insufficienza patrimoniale. Il cumulo delle due azioni comporta una posizione di favore per il curatore, che potrà esperire l'azione dei creditori, quando si sia già prescritta l'azione sociale di responsabilità ovvero questa sia stata rinunciata dalla società.

## 2.2. *L'azione di responsabilità nelle s.r.l.*

Il quadro normativo di riferimento è mutato: mentre con la riforma del diritto societario l'azione di responsabilità dei creditori sociali nella s.p.a. non è stata modificata, nulla è stato previsto in sede di disciplina delle s.r.l., in precedenza l'estensione di tale azione agli amministratori di s.r.l. era assicurata dal rinvio di cui all'art. 2487 c.c. questo silenzio appare significativo, tenuto conto che la s.r.l. nella riforma non è più considerata quasi una copia sbiadita della società per azioni, ma riceve una sua autonoma disciplina del tutto indipendente rispetto a quella stabilita per la s.p.a.; inoltre l'art. 2476 c.c. che disciplina la responsabilità degli amministratori nella s.r.l. fa menzione della responsabilità nei confronti della società e non della responsabilità nei confronti dei creditori sociali, che è menzionata solo per la fase della liquidazione delle società di capitali in genere (artt. 2485 e 2486 c.c.).

L'omessa considerazione della azione spettante ai creditori sociali nelle s.r.l. era stata interpretata come un mero difetto di coordinamento tra la disciplina della s.p.a. e quella delle s.r.l. e nel senso della possibilità per i creditori di esercitare nei confronti degli amministratori di una s.r.l.

Va osservato che la lettera dell'art. 146, comma 2, lett. a), l.f., e comunque gli artt. 42 e 43 l.f. rendono certa la legittimazione del curatore all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità anche nel caso di s.r.l., non esclusa dalla attribuzione di detta legittimazione al socio per il tempo in cui la società è *in bonis* (art. 2476, comma 3, c.c.). La nuova disciplina dell'azione di responsabilità neanche ha influito sull'azione spettante al socio ed al terzo direttamente danneggiati da un atto dell'amministratore, quindi sono valide le argomentazioni svolte in relazione alla s.p.a. per escuterne la proponibilità da parte del curatore, mentre l'art. 146, comma 2, lett. b), l.f., legittima il curatore ad esercitare l'azione dell'art. 2476, comma 7, c.c., che disciplina l'azione del socio o del terzo direttamente danneggiato in considerazione del pacifico principio generale, in virtù del quale il curatore si sostituisce nell'esercizio delle sole azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati al patrimonio del debitore. Il riferimento all'art. 2476, comma 7, c.c., non disciplina la responsabilità dell'amministratore di fatto ed è applicabile soltanto quando il socio non sia anche amministratore; nel quadro di un ordinamento che ha inciso sul ri-

parto delle competenze assembleari ed amministrative, essa fonda la responsabilità del socio, il quale, senza essere amministratore, neppure di fatto, abbia «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi». La norma garantisce il mantenimento della relazione tra responsabilità e potere di gestione, qualora la società sia strutturata secondo un modello che non prevede la più ampia attribuzione agli amministratori delle funzioni gestorie e permette di far valere la responsabilità del socio, purché risulti provata la volontà di questi conseguire il proprio interesse, procurando un danno alla società mediante la decisione o l'autorizzazione al compimento di determinati atti.

L'omissione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali nelle norme del codice civile che concernano la s.r.l. non è decisiva per escludere la proponibilità dell'azione. Con riferimento all'azione spettante ai creditori sociali si osserva che la nuova formulazione dell'art. 146 l.f. consente attraverso il richiamo a tutte le azioni di responsabilità contro gli amministratori di ricomprendere anche l'azione di responsabilità dei creditori che in riferimento alla s.r.l. non è stata espressamente richiamata da nessuna norma, ricostituendo quella completezza che in passato attribuiva il richiamo contenuto nel vecchio testo dell'art. 2487 c.c. Questa interpretazione eliminerebbe la disparità di trattamento tra creditori di una s.r.l. e quelli di una s.p.a. e scongiurerebbe l'illegittimità costituzionale dell'omessa previsione per i creditori della s.r.l. di una norma analoga all'art. 2394-*bis* c.c. Elementi a conforto della proponibilità dell'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali nei confronti degli amministratori di una s.r.l. per la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sono così riassumibili:

- il riconoscimento di diritti risarcitori nei confronti degli amministratori a favore della categoria dei creditori sociali non è limitato alla previsione di cui all'art. 2394 c.c., ma è contenuto in una serie di altre norme:
  - art. 2485, comma 1, c.c., che prevede il risarcimento dei danni connessi a ritardi od omissioni in ordine all'accertamento della causa di scioglimento;
  - art. 2486 c.c. che stabilisce la responsabilità solidale degli amministratori nei confronti dei soci, dei creditori e dei terzi per i danni arrecati alla società per gli atti di gestione successivi al verificarsi di una causa di scioglimento;
  - generico rinvio alle disposizioni in tema di s.p.a. e dunque anche all'art. 2407 che richiama l'art. 2394 c.c., contenuto nell'art. 2477, ultimo comma, c.c. quando la nomina del collegio sindacale è obbligatoria;
- la previsione della responsabilità degli amministratori della società controllata in solido con quelli della società che eserciti attività di direzione o coordinamento su altra società nel caso di cui all'art. 2497 c.c., anche se la controlla-

ta debitrice sia una s.r.l., sicché il creditore potrebbe agire contro gli amministratori della s.r.l. in stato di scioglimento, ma non contro quelli di quella della s.r.l. operativa, il creditore potrebbe agire contro la controllante della debitrice s.r.l. e contro gli amministratori di quest'ultima (art. 2497 c.c.), ma non contro gli amministratori della s.r.l. qualora essa non fosse soggetta a direzione e coordinamento ed in caso di s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio *ex art.* 2477 c.c. dovrebbe trovare applicazione l'art. 2407 c.c. che richiama l'art. 2394 c.c., per cui i creditori di una s.r.l. con collegio sindacale obbligatorio potrebbero agire contro i sindaci per omesso controllo che avrebbe concorso a determinare l'insufficienza del patrimonio sociale, ma non paradossalmente contro gli amministratori che l'avrebbero direttamente provocata. Altri hanno sostenuto detta conclusione richiamando il principio generale che permette di ritenere l'azione proponibile in tutti i casi di amministrazione di società caratterizzate da responsabilità limitata dei soci, muovendo dalla natura aquiliana della responsabilità in esame, ritenuta espressione della regola della risarcibilità della lesione del credito, oppure invocando la natura surrogatoria dell'azione rispetto a quella spettante alla società, riproponendo questioni dibattute prima della riforma del diritto delle società. Un contrario indirizzo pensa che il silenzio del legislatore sarebbe frutto di una scelta consapevole, non potendo la lacuna essere eliminata in via interpretativa, considerando che alla luce della nuova configurazione data alla s.r.l., in difetto di una norma quale quella dell'art. 2394-*bis* c.c. il silenzio della norma non evidenzia alcuna lacuna, ma ha invece il significato di una scelta di segno contrario a detta tesi da parte del legislatore, che ha ritenuto insussistente nella s.r.l. l'esigenza di stabilire un obbligo di buona amministrazione degli amministratori, comunque di garantire, attraverso la responsabilità, l'interesse generale ad una buona amministrazione, privilegiando la tutela dell'interesse dei soci, quali mandanti, nell'ambito di un rapporto che si esaurisce all'interno della società.

La giurisprudenza (Trib. Milano, 18 gennaio 2011) ha affermato la legittimazione del curatore del fallimento di società a responsabilità limitata ad esperire l'azione sociale e l'azione dei creditori sociali.

Questa interpretazione permette di salvare la costituzionalità della norma che altrimenti sarebbe viziata, da un lato per disparità di trattamento dei creditori, fondata esclusivamente sulla diversa tipologia della società debitrice (s.p.a. o s.r.l.), dall'altro per eccesso di delega, in quanto la legge delega (art. 3, lett. i)) imponeva di adottare norme adeguate alla tutela dei creditori in materia di formazione e conservazione del capitale sociale e in materia di liquidazione. La tesi della lacuna appare poco convincente in presenza di un testo normativo che considera analiticamente le varie specie di responsabilità degli ammini-



stratori, distinguendo tra s.p.a. e s.r.l.; il richiamo al principio del *neminem laedere* può giustificare una azione individuale, ma non spiega perché il curatore, in assenza di una espressa previsione normativa, possa esercitare un'azione di massa per ottenere il risarcimento di danni indiretti, che andrà a vantaggio anche di creditori che tale danno non abbiano subito.

Nella motivazione della sentenza citata si legge che l'ipotetica implicita volontaria soppressione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. verso i creditori sociali per la violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale sarebbe inconciliabile con il sistema di responsabilità degli organi gestori delineato dalla riforma ed in particolare con la espressa previsione dell'azione dei creditori sociali per le s.r.l. in fase di liquidazione (art. 2485, comma 1, seconda parte; art. 2486, comma 2; e art. 2491, ultimo comma, c.c.), per quelle soggette ad attività di direzione e coordinamento (2497, comma 1, c.c.) o dotate dell'organo di controllo (art. 2477, ultimo comma, c.c. ai sensi del quale, quando il collegio sindacale è obbligatorio, si applica alla s.r.l. l'art. 2407 c.c. che richiama, a sua volta, l'art. 2394 c.c. sulla responsabilità degli amministratori verso i creditori). Quando una interpretazione crea problemi di legittimità costituzionale con riguardo agli art. 3 (ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai creditori della s.p.a.) e 76 Cost. (non avendo la legge delega autorizzato l'eliminazione dell'azione dei creditori sociali delle s.r.l.) e conduce a risultati paradossali (come quelli che scaturirebbero dal diniego ai creditori di una s.r.l. e per essi al curatore, della legittimazione ad agire in responsabilità contro gli amministratori) significa che è destituita di fondamento giuridico. Cosa accadrebbe se la s.r.l. deliberasse di esonerare i gestori da ogni responsabilità civile per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale: la delibera sarebbe senz'altro nulla per illiceità dell'oggetto, ma verosimilmente potrebbe essere sanata per decorso del termine triennale, sicché il curatore non potrebbe esercitare l'azione sociale per effetto della clausola di esonero da responsabilità e neppure l'azione dei creditori sociali. Allo stesso modo con l'esclusione dell'azione dei creditori si dovrebbe ammettere che attraverso la rinuncia dei soci all'azione sociale, si darebbe vita ad un tipo di società in cui gli amministratori finiscono per diventare completamente irresponsabili, il che non sembra davvero ammissibile. Questi esempi confermano la correttezza dell'esegesi che ammette l'applicazione analogica dell'art. 2394 c.c. alle s.r.l. La disciplina dell'azione di responsabilità verso i creditori (assorbita dall'iniziativa spettante al curatore fallimentare ai sensi dell'art. 2394-bis c.c. e 146 l.f.) è riconducibile solo in parte a figure di carattere generale (si tratta, a secondo delle opinioni, di un'azione aquiliana per lesione del credito, direttamente esercitata dai creditori danneggiati e di un'azione surrogatoria da costo-

ro esperita in luogo della società) e mantiene per la sua specialità (quanto alle condizioni di esperibilità, al regime della rinuncia e della transazione e, soprattutto, quanto alla legittimazione attiva in caso di fallimento) un'autonomia inidonea a permetterne l'applicazione ai consorzi con attività esterna. Del resto si legge nella sentenza «se tali specialità non ci fossero e se quindi l'azione in esame si esaurisse in tutto e per tutto in un'applicazione di figure generali, non si comprenderebbe la ragione per cui è stata espressamente prevista nell'art. 2294 c.c.». La vera anomalia non sarebbe l'assenza, nella disciplina della s.r.l. di una norma corrispondente all'art. 2394 c.c., bensì la sua presenza nella s.p.a.

### 3. *Rassegna di giurisprudenza*

Pare utile, per ragioni di completezza, esaminare le questioni prese in considerazione – negli ultimi anni – dalla giurisprudenza:

- Il Tribunale di Milano, con ordinanza 23 gennaio 2014, ha ritenuto che – prima dell'azione sociale di responsabilità – gli amministratori di s.r.l. possano essere revocati, ma non “sospesi” in via cautelare. Secondo i Giudici milanesi, l'art. 2476, comma 3, c.c., enuncia in modo chiaro ed esplicito che lo strumento cautelare “tipico” dell'azione di responsabilità promossa nei confronti dell'organo amministrativo è la revoca, a differenza dell'art. 700 c.p.c., che prevede – in presenza di un danno potenziale – l'utilizzo della sospensione in via cautelare. I Giudici di Milano hanno, inoltre, ritenuto la sospensione dell'organo amministrativo inopportuna e dannosa, poiché – mediante la stessa – la società viene privata della possibilità, non solo di essere gestita, ma anche di essere rappresentata in qualsiasi rapporto con i terzi.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 3 febbraio 2014, n. 2324, ha affermato il principio secondo cui la tenuta in modo sommario e non intellegibile della contabilità sociale è di per sé giustificativa della condanna dell'amministratore al risarcimento del danno, a seguito di azione di responsabilità promossa dalla società. La fattispecie riguarda l'amministratrice di una s.r.l. che aveva dato corso all'incasso di una somma di denaro versata erroneamente (due volte) da parte di un debitore della società e non aveva provveduto alla corretta tenuta delle scritture contabili, anche per coprire la sua illegittima appropriazione. L'amministratrice sosteneva che l'azione di responsabilità promossa nei suoi confronti non fosse fondata, poiché non vi era un danno attuale né futuro in capo alla società. La tesi però non ha convinto i Supremi giudici, i quali hanno richiamato un principio consolidato, secondo cui la totale man-

canza di contabilità sociale (o la sua tenuta in modo sommario e non intelligibile) è, di per sé, giustificativa della condanna dell'amministratore al risarcimento del danno, poiché determina un pregiudizio al patrimonio sociale.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 10 aprile 2014, n. 8458, ha precisato che qualora l'amministratore si sottragga all'adempimento di un'obbligazione nei confronti di un creditore, attraverso il depauperamento e la distrazione del patrimonio sociale, può essere direttamente chiamato a risarcire il creditore danneggiato dalla propria condotta. Nello specifico, qualora l'attivo sociale venga integralmente perduto, rendendo la società incapiente e permanga nel bilancio una posizione debitoria, il creditore può agire contro l'amministratore con azione diretta *ex art. 2395 c.c.* anche dopo il fallimento della società, in quanto il danno causatogli – l'inadempimento – è diretta conseguenza della condotta posta in essere dallo stesso amministratore.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 11 aprile 2014, n. 8591, ha affermato che l'obbligo di restituzione di somme asseritamente sottratte da un socio alla società, sorge indipendentemente dalla dimostrazione della sua funzione all'interno della società, quale amministratore di diritto o di fatto. In particolare, l'assunzione – anche di fatto – delle funzioni gestorie, è il presupposto per la sola azione di responsabilità contemplata dall'*art. 2393 c.c.* Pertanto, l'obbligo di restituzione di somme, pur configurandosi come inadempimento dei doveri imposti dall'*art. 2392 c.c.*, se posta in essere da chi rivesta la qualità di amministratore, sussiste anche se non sia stato dimostrato, in giudizio, l'avvenuto esercizio – di fatto – delle funzioni di amministratore della società.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 29 aprile 2014, n. 17939, ha chiarito che l'accertamento della sussistenza di atti compiuti allo scopo di esercitare un'illecita influenza sull'assemblea ai sensi dell'*art. 2636 c.c.*, deve essere focalizzato sulla ragione oggettiva degli atti medesimi e sulla finalità perseguita con il compimento degli stessi, anche se in assenza di simulazione. Nel caso di specie, l'amministratore di una s.p.a., titolare della maggioranza del capitale sociale, al fine di aggirare il divieto posto dall'*art. 2373, comma 2, c.c.*, in prossimità dell'assemblea convocata per deliberare un'eventuale azione di responsabilità in capo agli amministratori, donava buona parte del proprio pacchetto azionario al coniuge e ad una figlia, creando una situazione fraudolenta finalizzata al rigetto della proposta.

- La Corte di Cassazione, con ordinanza 3 giugno 2014, n. 12366, ha rimesso al Primo Presidente della Sezione la questione circa la correttezza della quantificazione del danno con il criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare: le pronunce in materia, dirette in senso tanto positivo quanto negativo, non sembrano ancora giunte ad un approdo; in particolare occorre valutare se tale criterio sia idoneo a quantificare il danno in ogni caso o solamen-

te qualora vi sia un nesso di causalità tra la *mala gestio* degli amministratori e la situazione di insolvenza.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 12 giugno 2014, n. 13378, in materia di azione di responsabilità promossa dal curatore *ex art.* 146 l.f. ante-riforma, ha precisato che il termine di prescrizione dell'azione dei creditori verso gli amministratori della società fallita decorre dal momento in cui vi era oggettiva percepibilità della situazione di insolvenza, vale a dire la conoscibilità esteriore dell'incapienza patrimoniale e dell'incapacità del fallito di far fronte alle proprie obbligazioni.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 12 settembre 2014, n. 19308, ha ribadito che le azioni di responsabilità esperibili a norma degli artt. 2393 e 2394 c.c. confluiscono, in caso di fallimento della società, nell'unica azione di responsabilità esercitabile da parte del curatore ai sensi dell'art. 146 l.f. Nella medesima, viene altresì precisato che, seppur mutando la legittimazione attiva ad esperire tali azioni, non ne vengono intaccati i presupposti oggettivi.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 12 settembre 2014, n. 19308, ha chiarito che, nell'ambito di un'amministrazione straordinaria, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori può essere esercitata dal Commissario straordinario davanti al giudice ordinario anche in presenza di una clausola arbitrale prevista dallo statuto; ciò sul riflesso che i creditori sociali sono terzi rispetto alla società.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 2 febbraio 2015, n. 1783, ha sottolineato l'importanza della condotta degli amministratori nelle scelte di gestione, tracciando i confini della c.d. "*Business judgment rule*". Ai fini dell'esperibilità di un'azione di responsabilità occorre valutare il rispetto da parte dell'amministratore della clausola generale della diligenza. La valutazione non deve essere fatta in ordine all'opportunità delle scelte di gestione, in quanto un giudizio di inopportunità dal punto di vista economico rileva esclusivamente ai fini di una eventuale revoca per giusta causa dell'amministratore; la valutazione deve, invece, essere mirata all'apprezzamento del margine di rischio connesso alle operazioni da compiere. Nel caso di specie, l'amministratore unico di una s.p.a. aveva sottoscritto una transazione con una cooperativa, senza nemmeno consultare il legale della società, dimostrando così un difetto di diligenza nell'affrontare la questione e nel valutare il negozio transattivo da concludere, con conseguente condanna, non per la scelta di transigere, ma per il contesto in cui la stessa era stata sottoscritta.

- La Corte di Cassazione, sezione unite, con sentenza 24 marzo 2015, n. 5848, ha affermato che deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti in tema di responsabilità per *mala gestio* di *ex* amministratori, e per omesso controllo di sindaci, di una società di capitali, qualora la stessa si

sia trasformata in società a totale partecipazione pubblica successivamente alla realizzazione della condotta giuridicamente rilevante. Ne consegue che deve essere affidata al giudice ordinario la competenza in ordine all'azione di responsabilità, anche se la società è attualmente a partecipazione pubblica.

- La Corte di Cassazione a sezione unite, con sentenza 6 maggio 2015, n. 9100, ha affermato che nell'azione di responsabilità promossa nei confronti dell'amministratore di società, la liquidazione del danno risarcibile non può essere individuata nella differenza fra attivo e passivo accertati, ma deve essere operata con riferimento a specifici inadempimenti e al nesso causale con danni specifici. In caso di mancata tenuta delle scritture contabili la differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, può essere utilizzata come criterio ai fini della valutazione equitativa del danno, qualora vengano dimostrate le ragioni che non hanno consentito l'accertamento di specifici effetti dannosi.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 7 maggio 2015, n. 9193, ha affermato che l'amministratore della società fallita non può sottrarsi all'azione di responsabilità promossa dal curatore, utilizzando come scusante gli errori commessi dalla società di revisione. Infatti, la regolare tenuta della contabilità e la formazione del bilancio competono all'amministratore, il quale ha l'obbligo di verificare l'attività svolta da terzi. Pertanto, l'amministratore non può invocare a propria difesa la responsabilità del revisore che ha certificato bilanci non rispondenti al vero.

- Il Tribunale di Roma, con sentenza 8 giugno 2015, n. 12474, ha precisato che le norme dettate in tema di responsabilità degli amministratori di una s.p.a., in particolare la possibilità di esercitare l'azione sociale per violazione dei doveri imposti dalla legge e dallo statuto e l'azione dei creditori sociali per mancata conservazione del patrimonio sociale, possono essere esercitate anche nei confronti degli amministratori di s.r.l., di diritto o di fatto. In caso di intervenuto fallimento, verrà esercitata un'azione unitaria dal curatore, anche se con natura distinta: l'azione sociale ha natura contrattuale, l'inadempimento si presume colposo e dovrà essere l'amministratore a provare di non avere colpa; mentre l'azione spettante ai creditori ha natura extracontrattuale e presuppone un comportamento dell'amministratore che determini una riduzione del patrimonio sociale di entità tale da rendere lo stesso inidoneo, per difetto, ad assolvere la sua funzione di garanzia generica, con conseguente diritto del creditore sociale di ottenere, a titolo di risarcimento, l'equivalente della prestazione che la società non è più in grado di eseguire.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 8 settembre 2015, n. 17794, ha ribadito che l'accoglimento dell'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 2395 c.c. presuppone la dimostrazione, da parte dell'attore, di una condotta illecita

dell'amministratore e il nesso causale della stessa con il danno subito. Nel caso in esame, gli amministratori di una società – condannati in sede penale per il reato di false comunicazioni sociali – erano stati citati in giudizio da soggetti che erano stati indotti dalla solidità finanziaria in realtà inesistente a sottoscrivere preliminari di vendita di immobili mai edificati e a versare i relativi acconti. La Cassazione ha ribadito, tra l'altro, che incombe sul terzo l'onere di dimostrare specificamente che i dati falsi contenuti nel bilancio abbiano determinato la conclusione dei preliminari di vendita e il conseguente danno.

- La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), con sentenza 10 settembre 2014, ha precisato che l'azione diretta al risarcimento di danni causati dall'amministratore alla società deve essere rivolta al giudice del luogo in cui l'amministratore ha svolto prevalentemente l'attività. Nel caso in esame, una holding con sede nei Paesi Bassi aveva ivi promosso azione di responsabilità contro l'amministratore di alcune controllate di diritto tedesco; la Corte precisa che l'azione in oggetto rientra nell'ambito della disciplina contrattuale e, di conseguenza, per la competenza giurisdizionale occorre fare riferimento al luogo in cui l'amministratore ha svolto prevalentemente le attività legate all'esecuzione del contratto.

- Il Tribunale di Milano, con sentenza 23 settembre 2015, ha precisato che è coerente con la finalità della liquidazione la prosecuzione del contratto di affitto di azienda da parte del liquidatore, per impossibilità di cedere l'azienda medesima; ciò, sul riflesso che la prosecuzione del contratto consente la valorizzazione dell'avviamento e l'incasso dei canoni pattuiti. Tutt'al più, può essere addebitato al liquidatore il danno differenziale, ovvero sia il danno al patrimonio netto che si è prodotto dal momento in cui il liquidatore ha assunto la carica fino alla presentazione della domanda di fallimento, al netto dell'incremento di perdita che si sarebbe comunque generato, anche in caso di tempestivo deposito dell'istanza di fallimento. Il Tribunale di Milano ribadisce, inoltre, che il curatore fallimentare di s.r.l. può esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, per danni arrecati ai creditori sociali.

- Il Tribunale di Roma, con sentenza 29 settembre 2015, n. 19193, ha precisato che è legittimo prevedere un patto di esonero da responsabilità per l'amministratore uscente solo qualora la pattuizione sia contenuta nell'atto di cessione delle partecipazioni sociali e l'acquirente rinunci all'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore-socio uscente. La Sentenza in esame precisa, inoltre, che non sussistono garanzie a favore del compratore in ordine alla consistenza patrimoniale, poiché oggetto del contratto di compravendita sono le quote sociali, e non invece il patrimonio.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 2 ottobre 2015, n. 19733, ha precisato che il curatore fallimentare ha l'onere di allegare la documentazione com-



provante il danno arrecato alla società dalla prosecuzione delle singole operazioni gestorie, al netto dell'eventuale ricavo. La quantificazione del danno, come già precisato con sentenza della Cassazione Civile a sezioni unite 6 maggio 2015, n. 9100, non può essere data dalla differenza fra l'attivo e il passivo fallimentare, poiché trattasi di criterio privo di base logica.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 14 dicembre 2015, n. 25178, ha affermato che il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità verso gli amministratori e i sindaci – promuovibile dai creditori sociali – decorre dal momento in cui il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento delle pretese creditorie, non richiedendosi a tal fine né che la situazione patrimoniale di deficit risulti da un bilancio approvato, né che la società sia dichiarata fallita. Nel caso in questione gli amministratori di una società riducevano il capitale sociale, con restituzione ai soci delle somme il medesimo giorno, nonostante le rilevanti passività sociali. La Suprema Corte, sul tema, ha evidenziato come il *dies a quo* non debba necessariamente essere ancorato alla data di approvazione del bilancio, bensì possa essere individuato anche in un momento anteriore, precisamente quello in cui la situazione di deficit sia riconoscibile oggettivamente dai creditori, allorché constino elementi «conoscibili dal ceto creditorio e dai quali emerga il deficit patrimoniale (Cass. 8426/2013)» come ad esempio l'iscrizione nel Registro delle Imprese della delibera di riduzione del capitale sociale.

- La Corte Costituzionale, con sentenza 11 dicembre 2015, n. 262, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2941, numero 7), del codice civile nella parte in cui non prevede che la prescrizione sia sospesa tra la società in nome collettivo e i suoi amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di esse». La decisione costituisce una coerente evoluzione del precedente espresso sempre dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 322/1998, ove già si estendeva la sospensione della prescrizione, prevista dall'art. 2941, n. 7) c.c. per le sole società di capitali, anche alle società in accomandita semplice – pur dovendosi riconoscere, a questo modo, l'insorgere di una irragionevole diversità di trattamento nel *genus* delle società di persone. Nel 2015, la Corte ha, quindi, “chiuso il cerchio”, riferendo la disposizione in esame anche alle s.n.c.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 4 dicembre 2015, n. 24715, è tornata ad occuparsi del tema della prescrizione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita, esercitate dal curatore fallimentare in base alla disciplina di cui all'art. 146, l.f. In particolare, i giudici precisano quali siano i criteri di individuazione del termine iniziale, sia con riferimento all'azione sociale ex art. 2393 c.c., sia in merito all'azione ex art. 2394 c.c. In entrambi i casi non sussiste una necessaria coincidenza della de-



correnza del termine iniziale di prescrizione con la data della sentenza di fallimento, ma solo una presunzione *iuris tantum*, che non esclude – quindi – la possibilità di riportare l’oggettiva conoscibilità della situazione di insufficienza patrimoniale ad un diverso momento, anteriore o posteriore rispetto alla data del fallimento.

- Il Tribunale di Milano, con ordinanza 19 dicembre 2015, in tema di azione di responsabilità proposta da un creditore nei confronti della società, ha esaminato – da una parte – il perimetro applicativo e le peculiarità dell’azione individuale *ex art. 2395 c.c.* (che può essere proposta nei confronti degli amministratori della società tanto dai soci quanto dai creditori) e – dall’altra – dell’azione sociale promossa dai creditori ai sensi dell’*art. 2394 c.c.* La distinzione tra le due azioni assume particolare rilievo in caso di fallimento della società, anzitutto sotto il profilo della legittimazione processuale. In caso di fallimento, infatti, il soggetto danneggiato può agire individualmente solo ai sensi dell’articolo 2395 c.c., spettando l’azione dei creditori per il danno all’integrità del patrimonio sociale unicamente al curatore, ai sensi degli *artt. 2394-bis c.c. e 146 l.f.* Nel caso di specie, il Tribunale afferma che la prosecuzione dell’attività sociale dopo l’erosione del capitale sociale aveva procurato un danno a tutti i creditori, riconducibile alla specie processuale di cui all’*art. 2394 c.c.* ed esercitabile pertanto dal solo curatore. Quanto alla diversa questione se la condotta dell’amministratore avesse procurato un danno diretto all’attore, creando in lui l’affidamento incolpevole e inducendolo a stipulare un contratto d’appalto con la società fallita, i Giudici ritengono non soddisfatto il relativo onere probatorio. In particolare, la circostanza che la società avesse diffuso un bilancio contenente indicazioni non veritiere, non poteva esonerare il terzo attore *ex art. 2395 c.c.* dal provare non solo tale falsità, ma anche il nesso causale tra la condotta dell’amministratore e il danno conseguente all’inadempimento della società. Nel caso di specie, la diffusione delle false comunicazioni era non anteriore, bensì successiva alla conclusione del contratto.

- La Corte d’Appello di Napoli, con sentenza 4 aprile 2016, n. 1354, ha affermato l’inammissibilità dell’esercizio dell’azione di responsabilità da parte di un socio accomandante nei confronti dell’accomandatario amministratore. Nella specie, la Corte d’Appello ha affermato che l’azione di responsabilità, ai sensi dell’*art. 2260 c.c.*, può essere promossa dal singolo socio accomandante solo se la *mala gestio* dell’accomandatario abbia cagionato al primo un danno diretto *ex art. 2043 c.c.*, irrilevante essendo la circostanza che il danno sia stato unicamente risentito dal patrimonio sociale.

- La Corte di Cassazione, sezioni unite, con sentenza 13 aprile 2016, n. 7293, è tornata nuovamente sulla questione inerente la giurisdizione sulle

azioni di responsabilità nei confronti dei gestori ed organi di controllo delle società partecipate da enti pubblici ed in particolare nel caso di società “*in house*”. È stato ancora una volta ribadito che in materia di responsabilità dei gestori e degli organi di controllo delle società partecipate da enti pubblici, spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all’azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti, non essendo in tal caso configurabile, avuto riguardo all’autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l’agente e l’ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei Conti. Viceversa in materia di responsabilità dei gestori e degli organi di controllo delle società partecipate da enti pubblici, sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti quando l’azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell’ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero in comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell’ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l’impiego di risorse pubbliche, o da arrecare direttamente pregiudizio al suo patrimonio. In altri termini la Corte dei Conti ha giurisdizione sull’azione di responsabilità degli organi sociali per i danni cagionati al patrimonio della società solo quando possa dirsi superata l’autonomia della personalità giuridica rispetto all’ente pubblico, ossia quando la società possa definirsi *in house*. Secondo la Cassazione la verifica in ordine alla ricorrenza dei requisiti propri della società *in house*, la cui sussistenza costituisce il presupposto per l’affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti sull’azione di responsabilità esercitata nei confronti degli organi sociali per i danni da essi cagionati al patrimonio della società, deve compiersi con riguardo alle previsioni contenute nello statuto della società al momento in cui risale la condotta ipotizzata come illecita e non a quelle, eventualmente differenti, esistenti al momento in cui risulti proposta la domanda di responsabilità del P.G. presso la Corte dei Conti.

- Il Tribunale di Torino, con sentenza 18 aprile 2016, ha affermato che il diritto alla conservazione del patrimonio sociale spetta alla società e non al socio. Quest’ultimo possiede sicuramente un interesse nella materia, ma la lesione dello stesso non configura un danno diretto, il quale è essenziale per poter esperire un’azione individuale di responsabilità nei confronti degli amministratori. Nel caso *de quo*, il socio di una cooperativa conveniva in giudizio gli amministratori e il revisore della società per il danno derivante dal comporta-

mento dei soggetti citati: gli stessi non avrebbero manifestato lo stato di insolvenza in cui versava la società e attivato tempestivamente le procedure concorsuali. Il Tribunale di Torino – riprendendo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 8458/2014 – sottolinea come il danno subito sia di tipo indiretto, e non può rientrare nella fattispecie descritta dell'art. 2395 c.c.; infatti, a norma di tale articolo, il terzo è legittimato a esperire azione di responsabilità – anche dopo il fallimento – al fine del risarcimento del danno subito nella propria sfera individuale derivante direttamente dal comportamento dell'amministratore e non (indirettamente) dal pregiudizio che ha colpito l'ente. Tale orientamento è stato confermato anche dal Tribunale di Torino con sentenza 17 giugno 2013, con riferimento alle società di persone. Pertanto, il socio non è legittimato ad esercitare l'azione di responsabilità *ex art. 2395 c.c.* per il risarcimento di danni indiretti dovuti dal comportamento doloso o colposo degli amministratori.

- Il Tribunale di Torino, con sentenza 19 aprile 2016, n. 2178, ha fornito alcune indicazioni per quanto concerne la responsabilità degli amministratori in ordine alla illecita prosecuzione dell'attività di impresa. In primo luogo, il Tribunale ha confermato che l'azione promossa dal curatore cumula sia quella sociale che quella dei creditori. Inoltre, il curatore risulta essere sicuramente abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità verso gli amministratori, l'organo di controllo, i direttori generali e i liquidatori della società. Per quanto concerne la prosecuzione dell'attività di impresa, nonostante sia avvenuta la perdita del capitale sociale, il Tribunale ha confermato che sugli amministratori grava l'obbligo di accertare la causa di scioglimento e di realizzare attività meramente conservative del patrimonio sociale; per quanto riguarda invece la quantificazione del danno occorre defalcare gli oneri che la società avrebbe comunque sostenuto, ed in particolare i costi in relazione ai quali non venga accertato il nesso causale rispetto alla condotta negligente degli amministratori.

- Il Tribunale di Milano, con sentenza 29 aprile 2016, n. 5336, ha affermato che il difetto di nomina di un rappresentante comune *ex art. 2393-bis*, comma 4, c.c., da parte dei soci che intendono promuovere l'azione sociale di responsabilità, costituisce un difetto di rappresentanza di natura processuale, che può essere sanato attraverso la costituzione in giudizio del rappresentante prescelto nel corso della causa e nel termine stabilito dal Giudice. Nel caso de quo, una socia aveva esercitato azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore delegato per la stipula di alcuni contratti di *leasing*, dei quali la parte attrice denunciava l'estraneità all'oggetto sociale e l'esclusivo utilizzo dei beni oggetto di leasing da parte dell'amministratore medesimo e del presidente della società, nonché per l'errata contabilizzazione dei costi scaturenti

dagli stessi tra i costi di produzione per il godimento di beni di terzi. Nel corso del giudizio interveniva un secondo socio sostenendo tutti gli argomenti di fatto e di diritto della parte attrice. Nella memoria di replica, gli amministratori eccepivano la mancata nomina del rappresentante comune, asserendo l'impossibilità di sanatoria attraverso la costituzione in causa del socio nella qualità medesima, a causa della natura sostanziale della rappresentanza *ex art. 2393-bis*, comma 4, c.c. Il Tribunale di Milano – di contrario avviso – ha sottolineato la natura processuale della rappresentanza suddetta e la non rilevanza del richiamo all'art. 2437 c.c., in quanto la nomina del rappresentante comune è funzionale all'esercizio di un'azione giudiziaria, ovvero l'azione di responsabilità. Nel merito, il Tribunale di Milano ha ritenuto la sottoscrizione dei contratti di *leasing* estranea all'oggetto sociale, con possibile configurazione di responsabilità risarcitoria in capo agli amministratori per i danni scaturenti dagli atti posti in essere. A quanto stabilito dal Tribunale di Milano non osta, inoltre, il fatto che la contabilizzazione dei costi scaturenti dai contratti di *leasing* non erano stati oggetto di censura in sede di impugnazione del bilancio. Infine, il Tribunale di Milano ha chiarito come la responsabilità suddetta sia imputabile – in via solidale – a tutti gli amministratori, i quali non potevano non essere informati degli atti sopra decritti, in considerazione della struttura chiusa della società, della natura familiare della compagine sociale e della natura dei beni.

• La Corte di Cassazione, con sentenza 26 maggio 2016, n. 10936, ha affermato che, in caso di azione di responsabilità promossa dal socio di una s.r.l. nei riguardi di tutti gli amministratori o dell'amministratore unico, il socio proponente deve convenire in giudizio anche la società e richiedere, per quest'ultima, la nomina di un curatore speciale; nell'eventualità di mancato adempimento delle suddette formalità, si potrebbe configurare la nullità dell'intero procedimento per violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio. La legittimazione straordinaria del socio, nell'interesse della società, è riconducibile alla nozione di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*: ne consegue la necessaria partecipazione della società al giudizio quale titolare del credito risarcitorio. La circostanza che il legislatore, nella riforma del diritto societario, non abbia fatto esplicito riferimento alla chiamata in giudizio della società stessa non deve condurre all'esclusione della stessa quale litisconsorte necessario. La Suprema Corte affronta, inoltre, il tema del conflitto di interesse, anche soltanto potenziale: la società, infatti, potrebbe trovarsi ad essere rappresentata da coloro contro i quali si è esperita azione di responsabilità nell'interesse della società medesima; per ovviare a tale situazione, deve essere nominato – ai sensi dell'art. 78, comma 2, c.p.c. – un curatore speciale.

• La Corte di Cassazione, con sentenza 31 maggio 2016, n. 11264, ha affermato che, in caso di fallimento di una società a responsabilità limitata, l'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori e sindaci promossa dai soci in sostituzione processuale della società – *ex art. 2476, comma 3, c.c.* – può essere proseguita esclusivamente dal curatore fallimentare, ai sensi dell'art. 146, comma 2, lett. a), l.f. Nel qual caso, se il curatore decide di non dare corso all'azione medesima, essa deve essere considerata improcedibile.

• Il Tribunale di Milano, con sentenza 8 luglio 2016, n. 8545, accogliendo la richiesta di risarcimento danni presentata da un curatore fallimentare nei confronti dell'amministratore – poi liquidatore – di una società fallita, ha chiarito che pur in presenza di una cessione di ramo d'azienda non vengono meno debiti gravanti sulla cedente e quindi i danni derivanti da mancato versamento di tributi e contributi previdenziali. Inoltre, l'amministratore risponde dei danni derivanti dal compimento di operazioni estranee all'oggetto sociale, salvo che non offra una puntuale giustificazione alla scelta gestoria e provi il rispetto dei canoni di diligenza e prudenza. Nel caso in esame, al convenuto venivano contestati, oltre al compimento di atti estranei all'oggetto sociale e l'omesso versamento di imposte e ritenute dovuti per legge, l'omesso deposito dei bilanci e l'omessa presentazione della richiesta di fallimento in proprio.

• La Corte di Cassazione, con sentenza 19 agosto 2016, n. 17197, ha chiarito che – per l'individuazione della competenza territoriale dell'azione di responsabilità promossa dal curatore fallimentare *ex art. 146 l.f.* – rileva anche il luogo in cui è stato posto in essere l'illecito. La Suprema Corte afferma che l'azione in oggetto unisce sia l'azione sociale di responsabilità sia l'azione dei creditori sociali, e quindi si tratta di un'azione relativa ad obbligazioni risarcitorie; ne consegue che ai sensi dell'art. 20 c.p.c. è anche competente il giudice del luogo in cui è sorta l'obbligazione risarcitoria ed è facoltativa la determinazione della competenza territoriale.

• Il Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia d'impresa, con sentenza 24 agosto 2016, ha affermato che la Sentenza sul risarcimento dei danni causati dall'amministratore alla società non può contestualmente contenere la revoca dello stesso ai sensi dell'art. 2476, comma 3 c.c. Nella fattispecie, il Tribunale condannava l'amministratore al risarcimento danni, al contempo dichiarava inammissibile la domanda di revoca dell'amministratore presentata dal socio, sulla scorta della mancata previsione della decadenza automatica dalla carica di consigliere. Invero, la revoca di cui all'art. 2476 c.c. prevede che i soci possano promuovere – oltre all'azione di responsabilità contro l'organo amministrativo – l'adozione di un provvedimento cautelare per la revoca degli amministratori che abbiano compiuto “gravi irregolarità nella gestione

della società”, al fine di ripristinare la corretta gestione sociale ed impedire l’aggravarsi dei danni.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 26 agosto 2016, n. 17359, ha accolto il ricorso proposto da un curatore fallimentare avverso la sentenza in appello nella quale veniva stabilito che, nell’ambito della società a responsabilità limitata, l’azione di responsabilità dei creditori sociali spetta solo ai creditori medesimi, se direttamente danneggiati da operazioni dolose o *contra legem* degli amministratori. La Suprema Corte ha – inoltre – affermato che, nonostante il mancato richiamo del codice civile in ordine alla legittimazione del curatore fallimentare all’esperimento dell’azione in esame, è da ritenersi che la riforma del 2003 non abbia abrogato la precedente disciplina – che implicitamente sopravvive – e, quindi, il curatore fallimentare possa esercitare legittimamente l’azione di responsabilità dei creditori sociali.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 31 agosto 2016, n. 17441, ha affermato che gli amministratori privi di deleghe sono obbligati ad impedire la commissione di fatti pregiudizievoli che comportino conseguenze dannose per la società ed i soci di cui siano venuti a conoscenza, ovvero ad attivarsi, richiedendo maggiori informazioni all’organo amministrativo, in presenza di eventuali segnali di allarme che risultino idonei a far emergere fatti pregiudizievoli per la società. Prima della riforma del diritto societario, agli amministratori privi di delega competeva una responsabilità oggettiva, con un obbligo generico di vigilanza; dopo la riforma, gli amministratori si intendono solidamente responsabili, ai sensi dell’art. 2381, comma 3, c.c., se non hanno messo in atto azioni informate volte ad impedire il compimento di fatti pregiudizievoli o ad eliminare o attenuare i danni degli stessi. Inoltre, gli amministratori non esecutivi sono tenuti a valutare l’andamento della gestione e l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, sulla base delle informazioni delle quali vengano a conoscenza nello svolgimento del loro ufficio.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 7 settembre 2016, n. 17691, ha affermato che nelle società dotate di distinta soggettività giuridica e titolari di un proprio patrimonio, l’interesse del socio alla conservazione e al potenziamento della consistenza dello stesso (e quindi della propria partecipazione) è tutelabile solo con strumenti “interni” (tra i quali ad esempio l’impugnativa delle deliberazioni invalide di organi sociali), ma non legittima l’impugnativa di atti “esterni” di gestione (nella specie, alcuni contratti di vendita immobiliare stipulati dalla società). Riferendo tale principio di diritto alla struttura della società in accomandita semplice, la Suprema Corte precisa che il socio accomandante può validamente tutelare l’integrità della propria quota di partecipazione, allo scopo accedendo a rimedi tipicamente endosocietari (come la revo-



ca dell'amministratore, l'azione di responsabilità contro l'accomandatario, l'estromissione dell'accomandatario per gravi responsabilità, l'impugnativa del rendiconto); quanto ai rapporti esterni (tra società e terzi), nessun potere diretto deve intendersi attribuito al socio accomandante, spettando invece, tale funzione, al solo accomandatario.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 8 settembre 2016, n. 17761, ha affermato che l'amministratore è esente da responsabilità circa le scelte gestionali, seppur rischiose, se ha valutato adeguatamente e diligentemente il profilo di rischio dell'operazione posta in essere e quest'ultima è strumentale all'attività economica concordata tra i soci ed indicata nello Statuto. La diligenza dell'organo amministrativo, osserva la Corte, deve essere valutata sulla base della correttezza delle valutazioni preventive effettuate in ordine al profilo di rischio dell'operazione e, contemporaneamente, tenendo conto della strumentalità dell'operazione rispetto all'oggetto sociale; tale criterio implica che l'atto gestionale debba essere funzionale allo svolgimento dell'attività economica (ossia al conseguimento dell'oggetto sociale) della società e, nello specifico, debba essere conforme alle scelte di settore effettuate (preventivamente) dai soci nell'atto costitutivo.

- La Corte di Cassazione, con sentenza 29 settembre 2016, n. 19340, si è pronunciata sul tema della competenza del Tribunale delle Imprese, in ordine alla proposizione di un'azione di responsabilità contro gli amministratori da parte del curatore fallimentare. In primo luogo, la Suprema Corte ha richiamato una precedente pronuncia (Cass., 21 giugno 2012, n. 10378), con la quale era stata chiarita la sussistenza di un rapporto di continuità ed identità tra l'azione di responsabilità *ex art.* 146 l.f. e quelle esperibili ai sensi degli artt. 2393 e 2394 c.c. In secondo luogo, la Corte di Cassazione ha sostenuto che il d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, ha attribuito l'azione sociale di responsabilità alla competenza funzionale delle sezioni specializzate previste dal d.lgs. n. 168/2003; con la precisazione che tale competenza si estende anche alla cause connesse (precedentemente introdotte), ricorrendo per tutte le azioni di responsabilità, da chiunque introdotte.

- La Corte di Cassazione, sezioni unite, con sentenza 27 ottobre 2016, n. 21962, è tornata a pronunciarsi sulla sussistenza della giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria per azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a partecipazione pubblica. Nell'ambito del medesimo intervento, ha altresì affermato la giurisdizione della Corte dei Conti sulle azioni di responsabilità promosse nei confronti dei soci enti pubblici che abbiano colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di soci, ovvero quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decide-



re per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, in caso di comportamenti degli amministratori o dei sindaci tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico, strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed implicante l'impiego di risorse pubbliche, o da arrecare così direttamente pregiudizio al suo patrimonio. Si esercita, infatti, attività di rilevanza pubblica non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, si perseguono le finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.